

TEMA I: LA MODIFICACION DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. Artículos 39, 40 y 41 del Estatuto de los trabajadores.

1.– Los posibles procedimientos de modificación.

2.– La modificación por mutuo acuerdo.

Suponiendo la existencia de una relación laboral, ésta puede sufrir cambios en algunas de sus condiciones de trabajo que han sido impuestas en virtud de normas legales, convencionales y pactos bilaterales (contratos de trabajo). Estos cambios en las condiciones de trabajo pueden tener su origen en un nuevo pacto entre las partes, es decir, surgen directamente de la voluntad de las partes, son las denominadas **novaciones contractuales**, que habiéndose gestado dentro del marco que la ley permite (no modificarán condiciones establecidas legal o convencionalmente), no encontrarán ninguna dificultad para su aplicación. Únicamente surgirán problemas cuando ese pacto no sea un pacto real, es decir, cuando venga precedido de un vicio en el consentimiento: la prestación de dicho consentimiento ha sido impuesta. Estaríamos, por tanto, asumiendo una imposición como un pacto lo que tendrá como consecuencia la nulidad de dicho pacto al faltarle uno de los elementos esenciales de todo acuerdo. De este modo la imposición significa que una parte da una orden que la otra debe cumplir obligatoriamente, será pues el empresario que utilizando los poderes que tiene asignados impondrá unas determinadas modificaciones a las condiciones de trabajo que el trabajador deberá cumplir obligatoriamente. Estaremos pues ante una **modificación impuesta unilateralmente**.

Nunca podrá el trabajador imponer modificaciones de las condiciones al empresario. Únicamente, en determinados casos, el trabajador podrá tomar la iniciativa, siendo finalmente el empresario quien acepte o no.

Por último, habrá una serie de modificaciones que se deberán producir si se dan unas determinadas circunstancias con independencia de lo que opinen las partes de la relación laboral, son las **modificaciones objetivas**.

Veamos unos ejemplos:

Ejemplo 1: Puesto de trabajo evaluado como peligroso para mujeres embarazadas.

Una trabajadora ocupa un determinado puesto de trabajo que ha sido evaluado como peligroso durante el embarazo. Al quedar embarazada la trabajadora deberá notificar al empresario esta circunstancia quien le deberá encontrar otro puesto de trabajo que no resulte nocivo.

Puede ocurrir, que la trabajadora no comunique al empresario su situación por no tener interés en dejar su puesto de trabajo. A pesar de ello el empresario cuando sea conocedor de la situación deberá cambiar a la trabajadora de puesto.

Por último, es posible que ninguna de las dos partes actúen y que sea la Inspección a través de una visita a la empresa quien impida que la trabajadora permanezca en ese puesto de trabajo.

Es, por tanto, una modificación objetiva que las partes, dadas unas determinadas circunstancias, deben acatar.

Ejemplo 2: Reagrupación familiar. art. 40 del E.T.

Un matrimonio tiene su residencia en la misma ciudad y trabajan en la misma empresa. Si uno de ellos es trasladado el E.T. estipula que el que se queda tiene derecho preferente a ocupar la primera vacante que se produzca en el centro donde haya sido destinado el otro cónyuge.

En este caso no sería una modificación objetiva pues no se impone una obligación, ya que sólo se deberá observar ese derecho preferente si existe ese puesto, es decir, el empresario no tiene la obligación de crear un puesto de trabajo nuevo para el trabajador que se encuentra en espera. Sólo deberá ofrecerle la vacante cuando ésta se produzca, sin olvidar que podrá el trabajador rechazarla.

Además esta situación podrá verse sometida a un criterio de prelación en caso de que existan otros intereses personales en ese puesto: trabajadores excedentes, en situación de expediente de regulación de empleo en el que se haya acordado la incorporación de los trabajadores afectados en caso de vacante, cambios de turno de trabajadores en turno de noche, etc.

En definitiva nos encontramos **tres tipos de modificaciones**.

1.– Modificaciones bilaterales.

2.– Modificaciones unilaterales.

3.– Modificaciones objetivas.

En atención a quién las plantee o quién es el que tiene facultad para imponerlas.

3.–Modificaciones Unilaterales Impuestas.

Cuando hablamos de modificaciones debemos distinguir entre:

– **Modificaciones sustanciales:** importantes, que afectan en gran medida.

– **Modificaciones no sustanciales:** leves, poco relevantes.

Pues en función de sí es o no sustancial se le aplicará un régimen jurídico diferente.

Artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores.

Entre los poderes con los que cuenta el empresario encontramos el poder de concretar la prestación, es decir, el poder para precisar cómo el trabajador debe realizar su prestación laboral, un poder de control, el poder disciplinario por el que el empresario aplica una determinada acción coercitiva al trabajador para reprimir una determinada conducta de éste y, por último, el **IUS VARIANDI empresarial**.

Este ius variandi determina la capacidad del empresario para modificar de forma unilateral las condiciones de trabajo, pudiendo el empresario exigirle al trabajador no sólo lo pactado, sino también todo aquello que sin haberse pactado y suponiendo una variación de lo pactado, no represente una modificación sustancial. Siendo los efectos del incumplimiento los mismos que del incumplimiento de lo pactado. Es decir, podrá el empresario exigir al trabajador lo pactado y las variaciones no sustanciales, decisión contra la que no cabe argumentación alguna, siendo exigibles como si figurasen en contrato.

En cambio, cuando las modificaciones son sustanciales el margen de maniobra para el trabajador es mayor, pues puede percibir indemnizaciones, impugnar la decisión empresarial, etc. Es por tanto esencial el establecer la frontera para determinar que modificaciones son sustanciales o no sustanciales, pues su posicionamiento a uno u otro lado generará o no el ejercicio de un derecho.

Así el E.T. establece donde se encuentra esta frontera con respecto a:

Las modificaciones locativas (geográficas): cuando el trabajador deba cambiar su residencia porque no puede

volver a casa para pernoctar comer , en este caso serán sustanciales.

También la establece con respecto a las modificaciones funcionales, lo veremos más adelante.

En el resto de los casos la ley no define el criterio, por lo que deberemos obtenerlo de la jurisprudencia existente, nunca deberemos entrar nosotros a valorar si es sustancial o no. Es el caso, por ejemplo de las modificaciones de horario, que no son locativas ni funcionales y por tanto no le son de aplicación los arts. 39 y 40 del E.T.. Deberemos acudir a la jurisprudencia para ver que criterios utiliza para diferenciar lo sustancial de lo no sustancial.

A pesar de hablar de criterios establecidos legalmente también deberemos tener especial cuidado en descubrir el punto de frontera, pues habrá casos muy complicados que exigirán determinar exactamente su régimen aplicable.

Las modificaciones de las condiciones de trabajo se encuentran recogidas en el E.T.:

Art. 39.– Modificaciones Funcionales.

Art. 40.– Modificaciones Locativas.

Art. 41.– Resto de modificaciones distintas a las anteriores.

3. A.– Modificaciones Funcionales. Art.39 ET.

Las modificaciones funcionales serán aquellas referidas a las funciones o tareas que debe realizar el trabajador en su prestación laboral.

Como ya hemos visto será esencial el diferenciar que modificaciones van a ser sustanciales, para lo cual el ET nos indica el criterio en su art. 39: será modificación sustancial aquella que suponga una modificación de funciones fuera de su grupo profesional (extragrupos) y será no sustancial la que se produzca dentro del mismo grupo profesional.

Es decir, el criterio gira entorno al concepto de grupo profesional que el propio ET nos define en su art. 22.2: se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales.

Con respecto al requerimiento de la titulación el empresario no podrá dar la orden que constituya una situación de movilidad funcional cuando el puesto que se pretende que ocupe el trabajador requiera una titulación específica. Un ejemplo sería el licenciado en derecho contratado en un hospital. Está en el mismo grupo profesional que el médico: licenciados, sin embargo el empresario no podrá dar la orden al abogado para que se dedique a realizar curas a los enfermos. No decimos que suponga una modificación sustancial sino que es imposible. Por ello la ley distingue entre titulación académica y titulación profesional. La académica estaría constituida por los títulos oficiales (universitarios, FP, bachillerato, etc.)

Por lo que respecta a la titulación profesional, existen determinadas profesiones en las que es necesario obtener otros títulos como pueden ser: el carnet de manipulador, el carnet de conducir, los permisos de armas o los cursos en materia preventiva para realizar actividades penosas, nocivas o peligrosas. Siempre estará por encima el estar habilitado académica o profesionalmente a saber si la modificación es sustancial o no. Es una norma de orden público laboral, está por encima y no se puede evitar: el empresario no podrá dar una orden que implique que el trabajador deba realizar unas tareas para las que no está habilitado.

Por tanto, las modificaciones funcionales impuestas por el empresario dentro de grupo profesional con la oportuna habilitación del trabajador serán manifestaciones del IUS VARIANDI empresarial, formando parte de su posibilidad de actuación por el mero hecho de ser empresario.

Por último, encontramos en el último párrafo del art. 39 una indicación para que podamos definir el criterio en caso de que no existan los grupos profesionales. Debiendo utilizar entonces el criterio de categoría profesional equivalente, según el cual si llegamos a la conclusión que las categorías son equivalentes será una modificación no sustancial y si no lo son será sustancial.

Este concepto es similar al de grupo profesional y se encuentra recogido en el art. 22.3 ET: Se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar prestaciones laborales básicas de la segunda, previa realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación, y lo son o no con independencia de quien las ocupa y de la capacidad específica de quien los ocupa, es decir, no se debe valorar en función de la persona (criterio subjetivo de valoración), sino objetivamente según el puesto.

Una vez identificada la modificación funcional como sustancial el art. 39 del ET nos dará su régimen jurídico.

Exigencia de causa:

En primer lugar estas modificaciones sólo serán posibles si existen razones técnicas u organizativas que la justifiquen.

Esto plantea una serie de cuestiones:

- Este requerimiento no significa que las modificaciones funcionales no sustanciales puedan ser arbitrarias, lo que ocurre es que las causas se presumen en las no sustanciales, sin embargo en las sustanciales debe existir una causa que pueda probarse fehacientemente, causas con un carácter más extraordinario y menos relacionable con el comportamiento habitual de la empresa.
- El elenco de causas es más reducido en este tipo de modificaciones que en el resto. En los restantes tipos de modificaciones las causas pueden ser:

económicas / técnicas /organizativas /de producción/ contrataciones referidas a la actividad de la empresa.

Mientras que en las modificaciones funcionales sustanciales las causas sólo pueden ser : técnicas /organizativas.

Por tanto, deberemos definir cuando una causa es de un tipo u otro. La Ley no lo define en ningún lugar y el concepto de causa varía según el empresario quiera, basándose en ella, despedir al trabajador o simplemente modificar el contenido de su relación laboral.

Podemos agrupar los tipos de causas en dos según su naturaleza:

económicas -----//-----productivas.

técnicas-----//-----organizativas.

Una causa económica es la que se relaciona con la situación financiera o los resultados económicos de la empresa.

Una causa productiva se relaciona con el OUTPUT, lo que se produce, ya sea desde la cantidad, desde la calidad o desde la variación de lo producido.

Algunos ejemplos de causas desde el punto de vista de la empresa:

Económicas. Productivas

- Salvar crisis. – Producir más.
- Obtener más beneficios. – Producir otras cosas.
- Introducir modificaciones en
lo producido.

Como vemos están relacionadas, aunque puestos a reducir, podríamos decir que todo es una causa económica, no obstante, hay que diferenciar, pues si no sería imposible la movilidad funcional

Las causas técnicas y organizativas se relacionan con decisiones estratégicas de reordenación del sistema de producción. No se trata de los resultados sino de cómo se produce. Se pretende organizar de otra manera la cadena, trabajar en menos centros, etc. La diferencia entre las dos estriba en que las técnicas parten de la innovación en materia técnica en el proceso, por ejemplo: cambiar una máquina que necesitaba tres operarios por una máquina que necesita un sólo operario, los otros dos se recolocan en otros puestos en los que es posible que realicen funciones distintas (movilidad funcional). Las organizativas se basan más en una reordenación sin necesidad de incorporar nuevas tecnologías., por ejemplo, una fusión bancaria: dos entidades se fusionan y resulta que cuentan con dos sucursales prácticamente juntas. Pueden plantearse el cerrar una de ellas o bien pueden especializarlas, dedicando cada una a un tipo determinado de clientes (grandes empresas/pequeñas y medianas empresas). Para ello es posible que los trabajadores deban reciclarse para adquirir esa especialización, sería un caso de movilidad funcional por causas organizativas.

Con todo ello sólo las causas técnicas y las organizativas justifican legalmente la movilidad funcional sustancial. No es posible, por tanto, resolver situaciones de pérdidas o aumentar la producción sobre la base de la movilidad funcional sustancial.

Además el art. 39 ET indica que la movilidad funcional sustancial sólo será posible **por el tiempo imprescindible**, es decir, mientras exista la causa que la justifica, extinguiéndose cuando esta desaparezca. No tiene, por tanto, una duración específica, pudiendo ésta ser muy corta o muy larga dependiendo siempre de la causa, así, por ejemplo, si la movilidad funcional tiene su causa en la sustitución de un trabajador accidentado levemente su duración será corta. Si por el contrario a quien se sustituye es a una trabajadora con permiso por maternidad la duración será más larga y si a quién se sustituye es a un liberado sindical mucho más.

Siempre se refiere a situaciones temporales, más o menos largas, pero temporales, puesto que en los supuestos definitivos estaríamos hablando si son ascendentes de ascensos y si son descendentes de degradaciones.

El ascenso es un cambio de categoría siempre voluntario. Nadie puede ser obligado a ascender. Si se le puede obligar a realizar funciones de una categoría superior sobre la base de la movilidad funcional, pero no ha ascender.

El supuesto de degradación es muy raro porque existe como sanción frente a incumplimientos muy graves del trabajador. Para ello debe estar recogida en el régimen disciplinario del convenio colectivo y los negociadores no suelen incorporarla pues prefieren otros tipos de sanciones para las faltas muy graves, como el despido, el

bloqueo de ascensos, etc.

Por último, en el caso de encomienda de funciones inferiores ésta debe estar justificada por causas perentorias e imprevisibles, está por tanto más limitada la movilidad funcional descendente que la ascendente, ya que por ejemplo, un trabajador deberá realizar las funciones de categoría superior de otro accidentado y también si fuera de categoría inferior pues un accidente es algo imprevisible. Sin embargo en el caso de la maternidad el trabajador deberá realizar las funciones si la trabajadora sustituida es de categoría superior, pero no podrá ser objeto de modificación funcional descendente pues la baja por maternidad es previsible.

Así la movilidad funcional extragrupo o sustancial podrá realizarse, siempre que se cuente con la titulación adecuada (carácter de orden social laboral), cuando concurra una causa técnica u organizativa, y por tiempo imprescindible para su atención, exigiéndose en caso de ser descendente, que la causa sea perentoria o imprevisible.

Si se dan las condiciones el trabajador se encuentra en la misma situación que cuando la movilidad funcional se produce intragrupo: tiene que cumplir necesariamente la orden pues el empresario se atiene a las causas que marca la Ley al ejercitar su poder de dirección. No obstante el trabajador tiene reconocidos una serie de derechos que deben ser respetados y que están recogidos en el art. 39.3 ET, aunque de una manera pobre:

1.– La movilidad funcional se **debe producir sin menoscabo para el trabajador en su dignidad**. Aunque no lo dijera es aplicable, pues la movilidad funcional no puede basarse en una discriminación ni colocar al trabajador en situaciones violentas o inaceptables, exactamente lo mismo que cuando realiza sus propias funciones. Se ha mención en este punto porque la movilidad funcional descendente puede ser delicada, pues sobre la base de ella un jefe de planta podría, por ejemplo, realizar funciones de limpiador.

No obstante, no todos los supuestos de movilidad descendente tienen necesariamente que suponer un menoscabo de la dignidad, dependerá de unas condiciones que son objetivas, habrá que estar al caso concreto y los tribunales tomarán la decisión en cada momento, sin influir lo que el individuo sienta o piense, sino lo que objetivamente la mayoría piense de esa situación.

Así se entiende que existe menoscabo cuando se produzca un cambio demasiado grande en el estatus social o económico del individuo.

2. – La movilidad funcional debe llevarse a cabo sin perjuicio de la formación y promoción del trabajador afectado. Es un concepto muy amplio, por lo que es difícil saber cuando se produce menoscabo. La reforma del 94 resolvió algunos problemas que se suscitan, mediante la inclusión del último párrafo del art. 39.3 ET: "no cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional".

De las cuatro causas de despido objetivo que recoge el art. 52 del ET, nos interesan dos que se relacionan con el art. 39: la ineptitud sobrevenida y la falta de adaptación.

Entre las obligaciones del trabajador se encuentra la de adaptarse a las nuevas tecnologías sin recibir formación ni darle un tiempo para formarse. Esa adaptación la debe realizar en un plazo de dos meses (art. 52.b), que el convenio colectivo puede aumentar. Si no se adapta el trabajador puede ser despedido pues se ha convertido en antieconómico. (Un ejemplo: un administrativo que no consigue manejar un nuevo programa informático).

El art. 39 indica que si las funciones a las que no se adapta no son las de su actividad, sino las que está realizando en virtud de la movilidad funcional, no podrá ser despedido. En este caso de producirse tendrá que ser retornado a su puesto de trabajo habitual. Esta es una de las razones por la que alguien puede decidir no

ascender, pues si se produce el ascenso y no se adapta sí que podrá ser despedido.

Este punto lo ha querido dejar claro el legislador al incluirlo en el texto del art. 39, pues antes de dicha inclusión , la doctrina se basaba en el texto del art. 52.b para seguir este criterio, concretamente cuando dice "...su puesto de trabajo...".

Por lo que respecta a la ineptitud sobrevenida, esta viene referida a la pérdida de cualidades del trabajador, es decir, la pérdida de capacidad del trabajador para realizar las funciones que venía realizando. Por ejemplo, en un taller gemológico un trabajador se dedica a realizar las tasaciones de las gemas. Este trabajador pierde su agudeza visual, lo que le va a impedir realizar su trabajo con eficacia, pudiendo ser por ello despedido.

Otro ejemplo lo podríamos encontrar en un profesor de una escuela pública a quién en virtud de una orden institucional se le requiere dar las clases en un determinado idioma , por ejemplo cualquier lengua de una determinada Comunidad Autónoma. Si el trabajador no es capaz de aprender dicho idioma podrá ser despedido por ineptitud sobrevenida o no adaptativa.

Si la ineptitud se refiere a funciones en las que el trabajador se encuentra movilizado no podrá ser despedido. Esto cierra cualquier posible manejo en sentido discriminatorio, es decir, impide que el empresario, por razones arbitrarias, cambie al trabajador a una categoría que sepa no va a poder llevar bien con el fin de despedirlo y que la indemnización sea menor.

Con respecto a que la movilidad funcional impida asistir al trabajador a los cursos que venía realizando, y si esta situación supone un menoscabo de su formación, la doctrina no ha resuelto el asunto en base a que se encuentra dividida. División que tiene su fundamento en que los derechos de formación son dispositivos, pues no son derechos exigibles por ley (ET), sino que han de ser reconocidos por el convenio colectivo y podrán ser ejercidos en la medida que el convenio marque. Estamos hablando de un principio que el convenio puede convertir en derecho, por tanto, si en el convenio no se hace mención, no se tiene el derecho y no existirá menoscabo de la dignidad del trabajador.

3.– Tampoco el trabajador podrá verse perjudicado en su nivel retributivo. El art. 39.3 ET en este aspecto es bastante pobre y ambiguo. Podría ser aplicable en caso de que habláramos únicamente de salario base. Pero en la realidad la retribución de un trabajador esta compuesta por partidas de distinta naturaleza que se comportan ante el mismo hecho de diferente manera:

RETRIBUCION DEL TRABAJADOR:

Conceptos Salariales: Conceptos extrasalariales:

Salario base Complementos:

- Por producto – Personales.
- Tiempo – Resultados Empresa.
- Pagas Extras – Trabajo realizado:

Puesto de Trabajo

Cantidad o

Calidad.

Así los problemas se plantean cuando se retribuye algo más que salario base, pues si sólo fuera esta partida la que hay que retribuir, no habría problema alguno al aplicar el ET.

Algunos ejemplos:

Suponiendo que existan tres categorías: A, B y C. En la que A es la de mayor nivel.

Ejemplo 1.– Si las categorías tienen además de una cantidad de salario base un complemento por antigüedad de siguiente modo:

Salario Categoría Antigüedad

120.000 A 5.000

100.000 B 4.000

80.000 C 3.000

Si en todas las categorías el período necesario para cobrar el complemento por antigüedad fuera de tres años no tendríamos problemas a la hora de aplicar el art. 39. Sin embargo, es posible que el convenio diga que la categoría A percibirá el complemento de forma quinquenal y la B de forma trienal. Si el trabajador lleva cuatro años, podemos tener problemas para saber qué cantidad le corresponde.

Ejemplo 2.– Si A establece un plus de productividad al igual que B, pues ambas son comerciales, pero A vende productos muy especializados, de gama superior, por lo que el plus se ha establecido de la siguiente manera:

A.– por ventas superiores a 50.000.000—30.000 ptas.

B.– por ventas superiores a 10.000.000—10.000 ptas.

Si un trabajador de B consigue obtener 80.000 pesetas habitualmente y al realizar funciones de A, debido a la diferencia de producto, no consigue vender nada. ¿Qué cantidad deberemos retribuirle?.

Para resolver este tipo de problemas hay que introducir la idea de consolidación de complementos salariales que se relaciona con saber si el trabajador cuando se mueve lleva consigo los complementos consolidables y se quedan los no consolidables.

La diferencia entre ellos nos la da la norma que los establece, el art. 26.3 del ET nos remite al convenio colectivo, por lo que éste será absolutamente libre a la hora de establecerlos. Si el convenio colectivo no dice nada, entonces deberemos aplicar la norma dispositiva del 26.3 que dice que, salvo acuerdo en contrario, serán consolidables los complementos personales y no consolidables los que estén vinculados al puesto de trabajo o a los resultados de la empresa.

Así deberemos calificar correctamente los complementos para lo que habrá que ver qué circunstancias dan derecho a percibirlos, independientemente del nombre que se le asigne. Por ejemplo, un plus de idioma será un complemento de puesto cuando se retribuya un conocimiento necesario para el desempeño del trabajo y, sin embargo, será un complemento personal cuando ese conocimiento no sea necesario para el desarrollo del trabajo.

Por tanto, a falta de convenio, serán los consolidables los que irán con el trabajador en su movilidad, perdiendo los no consolidables.

Por todo ello el principio del 39 no nos sirve, por escaso y ambiguo, rigiendo sólo para el salario base, pues el resto se regirá por el 26.3. siendo una situación legal que no menoscaba la retribución del trabajador.

4.- Al art. 39, apartado 4º. Reconoce al trabajador unos derechos relacionados con el tiempo que realice funciones superiores a las del grupo profesional o las de categoría equivalente, de modo que si las realiza por tiempo superior a seis meses durante un año u ocho durante dos, tendrá derecho a pedir el ascenso, o la cobertura de la vacante.

El período no es necesario que sea consecutivo, pero si que sea en la misma categoría en la que se va a pedir el ascenso. El ascenso dependerá de la existencia de la vacante. En caso que el ascenso no le sea concedido podrá solicitar la cobertura de la vacante, es decir que si no es el sea alguien quien ocupe ese puesto, debiendo el empresario justificar la razón, y pudiendo el trabajador presentar demanda ante el juez en caso de no estar de acuerdo.

Una causa por la que el empresario le puede negar el ascenso es por que exista un sistema establecido en la empresa para la cobertura de vacantes, por ejemplo, superar un examen, tener un determinado número de años de antigüedad, etc. También el empresario podrá negar el ascenso cuando realmente la vacante no exista, es decir, cuando el trabajador esté realizando funciones de alguien con derecho a reserva del puesto de trabajo: trabajadores en situación de maternidad, interinidad, etc.

El trabajador, siempre que exista la vacante y ante la negativa del empresario a ascenderlo, podrá solicitar la cobertura, es decir, iniciará el proceso para que se seleccione a la persona que va a ocuparlo, que puede ser él o cualquier otro. Este proceso puede ser muy largo y durante ese proceso el trabajador que ha instado su inicio tendrá la obligación de realizar las funciones del puesto a cubrir como si fueran suyas, no puede volver a su sitio.

Por último, el art. 39 del E.T. en su apartado 5º, recoge aquellos supuestos de movilidad funcional sustancial que se diferencia de los demás en que les falta alguna de sus cualidades: causa técnica u organizativa, por tiempo imprescindible, que la causa no sea perentoria en caso de ser descendente, remitiéndonos al pacto entre las partes, al convenio colectivo o a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo del artículo 41 del ET.

Cuando se produce uno de estos supuestos, que exceden los límites del art. 39 ET, por las causas ya apuntadas, se pueden dar dos caminos:

1.- Que la modificación se acuerde entre las partes, no habría entonces ningún problema (novación contractual, entra en juego la voluntad de las partes fruto de la autonomía individual).

2.- Que no se produzca acuerdo.

En este caso tendríamos que utilizar el art. 41E. T., norma muy complicada que contiene dos tipos de disposiciones:

a) Disposiciones de derecho dispositivo, que imponen obligaciones o derechos.

b) Disposiciones de derecho adjetivo o de forma, que establecen reglas jurídicas que imponen procedimientos.

Así el art. 39.5 ET dice que la aplicación del art. 41ET depende de que el convenio colectivo aplicable no diga nada al respecto. Cabe , por tanto, la posibilidad que en un convenio colectivo se establezcan disposiciones que configuren los casos de movilidad funcional que se salgan del propio art. 39ET.

SI

Acuerdo

NO

El Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva reconoce carácter de derecho necesario la materia que contiene el artículo 41 (Derecho y Obligaciones). Es un acuerdo marco negociado a nivel nacional y de conformidad con el artículo 83.2 del E.T. es de aplicación a convenios negociados en niveles inferiores. El A.I.N.C. fue publicado según Resolución de la Dirección General de Trabajo de 13 de mayo de 1997, en la que se da registro y publicación de este Acuerdo Marco.

El art. 41ET es, por tanto, una norma dispositiva para el convenio colectivo, pero no para el contrato al que no podrá modalizar. Las partes pueden establecer las condiciones y su modificación, siempre dentro del respecto a las leyes (mínimos de derecho necesario) y aquellas materias indisponibles por las partes que el convenio aplicable declare que lo son (artículo 3 del E.T.).

Se trata de definir hasta qué punto es dispositiva, es decir, respecto a qué partes del art. 41 E.T. puede el convenio colectivo actuar. Si nos atenemos al literal del art. 39.5ET podríamos decir que todo el art. 41ET es dispositivo (tanto la parte dispositiva como la adjetiva). Podría ocurrir entonces que el CC dijera que para dar una orden de movilidad funcional definitiva no fuera necesaria ninguna causa, lo que no sería lógico, pues el art. 39 E.T., es estricto y no cabría que el CC pudiera en definitiva decir que el art. 41E.T. no debe aplicarse.

Esa posibilidad ha hecho que alguna doctrina entienda que el CC sólo puede disponer de la parte adjetiva, de los procedimientos. Por lo menos es controlable la causa, la indemnización a percibir por el trabajador. La Ley no da ninguna pista literal que nos permita decantarnos, por lo que deberemos seguir un criterio lógico.

Otro detalle que nos va a ayudar, es que cuando se negocia el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva, que es un compromiso de las partes para modificar la temática de la negociación colectiva, en la que se ordenan los niveles de negociación, intentando reorganizarla materialmente, correspondiendo por ejemplo a un nivel alto la confección de la estructura salarial y a un nivel de base la asignación de las cantidades concretas por cada concepto. Entra también de lleno en la materia de negociación de la movilidad funcional y por tanto de acuerdo con el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores en el establecimiento de una materia no negociable en otros ámbitos.

En este AINC las normas legales sobre modificación de condiciones de trabajo (arts. 39, 40, 41 ET) son valoradas como derecho necesario, no teniendo pues sentido que si los sindicatos y las organizaciones empresariales más representativas lo admiten así, cualquiera haga otra interpretación distinta y sobre la base de ello negocie un CC de empresa donde se diga que el artículo 41E.T es dispositivo. Por tanto por un criterio lógico llegamos a la imposibilidad de desarrollo por parte del Convenio Colectivo de la materia que nos ocupa, esto es, el Convenio no podrá entrar a desarrollar esta materia.

Con todo ello, el Convenio Colectivo, al nivel que sea, sólo podrá intervenir en el ámbito de procedimiento.

En las movilidades funcionales objetivas es muy importante la norma sobre prevención de riesgos para los trabajadores especialmente sensibles y trabajadoras embarazadas. Las reglas sobre movilidad funcional de una persona que por tomar un medicamento afecte el manejo de una máquina peligrosa, o de las mujeres embarazadas, hay que tener muy en cuenta los estipulado en el art. 26 LPRL..

3. B.- Movilidad Geográfica. Modificaciones Locativas. Art.40 ET.

Son cambios que no afectan a las funciones sino al lugar de trabajo, al lugar donde se realiza la actividad productiva. como en los casos anteriores debemos intentar encontrar el punto donde se diferencian los casos sustanciales de los no sustanciales.

El ET nos indica donde está ese punto en el art. 40: la necesidad de cambiar de residencia. Cuando el cambio de lugar de trabajo comporta al trabajador la necesidad de cambiar de residencia, la modificación es sustancial. Si no obliga al cambio de residencia la modificación de las condiciones de trabajo será no sustancial. Esto es bastante ambiguo.

El cambio de domicilio se deba valorar sobre el domicilio habitual, independientemente de dónde se encuentre empadronado el trabajador afectado, es decir, se toma como referente el domicilio administrativo no el domicilio civil.

La necesidad se ha de decidir objetivamente, con independencia de lo que al final el trabajador haga. La opción personal del trabajador, cambiarse/no cambiarse, no debe influir en la estimación objetiva de la necesidad de cambiar de residencia.

¿Cuándo existe la necesidad?. Hay que acudir a la jurisprudencia del TSJ: si un trabajador quiere su vivienda para comer, dormir o reunirse con sus amigos, la idea es que eso se debe preservar. De modo que si varían las relaciones que tiene con su domicilio (pernoctar, realizar las comidas principales) será necesario cambiar de domicilio.

En casos menos extremos, es decir, si un trabajador puede llegar a su casa, pero para ello ha consumido todo el tiempo que tenía para descansar, hacer la cena, etc, llegando a casa, es decir, en casos de excesiva onerosidad deberá valorarse como cambio de residencia.

Desde esta perspectiva, influyen muchos factores, como por ejemplo, en caso de un cambio de lugar de un puesto de trabajo a otro donde no exista transporte público regular o aún existiendo no sea compatible el horario del trabajador con la del servicio público. En este caso la Empresa deberá facilitar un transporte o retribuir la diferencia. Bajo esta perspectiva se ha llegado, por parte de la jurisprudencia, a tomar como necesidad de cambio de residencia un cambio de 8 Km. No influye que el trabajador tenga o no vehículo propio y en caso que lo tenga no tiene por qué aportarlo para ese fin.

En ocasiones los CC nos indican cómo resolver el problema, incurriendo a veces en ilegalidades.

Así, por ejemplo, el CC de Empresas de Seguridad define el CT por una zona no un edificio, cuya actividad móvil define donde está el ius variandi y dónde nos pasamos. De este modo entiende que no habrá movilidad geográfica sustancial cuando la misión se realiza en el casco urbano o en el área metropolitana, que no es un cambio de municipio sino la zona colindante. Cuando debido a sus horarios el trabajador no pueda encontrar transporte público, cosa habitual pues en la mayoría de las ocasiones el trabajo es nocturno, el CC recoge, para no ser ilegal, que no será cambio de residencia cuando a la hora de finalizar el servicio exista una red de transporte público con una cadencia de 40 minutos.

Este tipo se repite en sectores como el reparto a domicilio, las ETT, sectores que por sus características tienen gran movilidad y no un centro de trabajo concreto.

Otro ejemplo, el CC de Banca y Cajas de Ahorros, recoge que no será modificación sustancial geográfica la que se produzca en un radio de 30 Km. desde la delegación. De este modo, un trabajador de Sagunto que fuese destinado a trabajar en Cullera, no tendría ningún derecho. Podríamos entender, por tanto, que el CC es ilegal, pues personas que en virtud del art. 40 tendría derecho a una indemnización por rescisión de contrato, mudanza, etc., no lo tienen. Si hemos dicho que las organizaciones más representativas entienden que los arts. 39, 40 y 41 ET son derecho necesario, nos encontramos ante una disposición evidente de los derechos que tienen los trabajadores según la Ley. El CC no puede irse tanto que haga una abstracción de la Ley.

No es un concepto jurídico claro, sino que se relaciona con una serie de datos (pernoctar, hacer las comidas, ...). Se puede dar el caso que sí se pueda pernoctar pero no realizar las comidas (jornadas partidas), ante esta

situación los tribunales no suelen ser proclives a que sólo este factor haga que se considere como cambio de residencia y menos si la empresa se muestra dispuesta a paliar este perjuicio: ceder locales para calentar comidas, dar bonos para comer más barato, etc..

Un último detalle, el art 40.1ET, pretende imponer un mandato, pero antes apostilla algo sobre un tipo de trabajadores. El art. antes de desarrollarse dice que a qué trabajadores no se va a aplicar.

Así lo que se deduce directamente del 40 no es cierto: "...que no hayan sido contratados por empresas con centro de trabajo móviles o itinerantes...". pues si tomamos una empresa naviera que cuenta con tres barcos u una oficina y aplicamos el tenor literal del art. tendríamos que tanto los marinos como el personal administrativo de la oficina quedarían excluidos de la aplicación del art. pues la empresa cuenta con centro móviles. La interpretación lógica es que dicha exclusión sólo afectará a los trabajadores de empresas con centros móviles pero que estén adscritos a esos centros móviles, los cuales desarrollan su actividad en condiciones de movilidad.

Estamos hablando de trabajadores adscritos a centros de trabajo móviles, no a trabajadores móviles. Un centro de trabajo móvil es, por ejemplo, un buque: unidad productiva móvil con autoestructura para la consecución de los fines productivos. Sin embargo, las unidades móviles de TV, no son CT, pues no tienen organización específica.

La interpretación más asentada es que únicamente están excluidos de aplicación los trabajadores adscritos a CT móviles. Por ejemplo, los trabajadores de un circo. No estarían excluidos, por mucho que se muevan, los comerciales de una fábrica de máquinas de coser, pues están adscritos a una sede, a una base que no se construye sobre la idea de un edificio, pero que existe.

Tampoco un camión sería un CT, estará adscrito a una base determinada. Sólo existiría movilidad funcional sustancial en caso que se le cambiará la base y dicho cambio afectará a las relaciones del conductor con su domicilio.

En el fondo subyace la idea de distinguir los trabajadores en dos clases:

- Los que pueden definir su residencia en función de la condición locativa de su actividad. Pueden tener expectativas en función de Trabajo/Residencia.
- Los que realizan su trabajo en diferentes lugares y no pueden tener dichas expectativas.

En los supuestos de movilidad geográfica sustancial tenemos dos tipos:

1.– Traslados.

2.– Desplazamientos.

La diferencia está en el tiempo que van a durar. El desplazamiento puede durar un máximo de 12 meses en un período de 3 años. De este modo el desplazamiento siempre es temporal. Por el contrario el traslado puede ser indefinido o temporal (por ejemplo, 13 meses).

El tope de 12 meses es el elemento que tradicionalmente se ha utilizado para diferenciarlos. Antes de la reforma del 94 no se hacía referencia al plazo máximo de 3 años, lo que provocaba situaciones en las que las órdenes de desplazamiento se sucedían tras los períodos de vacaciones, sin solución de continuidad. Es decir, se enmascaraba una situación definitiva bajo la apariencia de situaciones temporales.

Otras interpretaciones entendían que los 12 meses deberían entenderse contados en la duración del contrato, es

decir, se sumaban todos los períodos habidos durante la relación laboral hasta ese tope, lo que no tiene mucho sentido.

Todo ello produjo la modificación legal, que circunscribe el período de 12 meses en tres años, ya sean continuos o discontinuos:

1 2 3

A diferencia de los supuestos de movilidad funcional no es preciso que el destino sea siempre el mismo, se acumulan los períodos aunque el destino sea diferente.

Cuando se produjo esta modificación se planteó el problema de cómo modalizar los períodos de tres años: unos se decantaban por iniciar la cuenta a partir del primer día de alta en la empresa, lo que provocaba situaciones en las que el desplazamiento podía durar más de doce meses consecutivos.

Fecha

ingreso 1 año 2 años 3 años 4

Esta es la razón por la que el período de 3 años empieza cuando se recibe la primera orden de desplazamiento.

Otra cuestión es cómo hacer los cómputos, pues el tiempo se debe calcular con lo que vamos a hacer, pues será traslado toda orden que exceda, aunque sea un mes del tope.

No obstante, es posible, en determinadas ocasiones flexibilizar los topes, por ejemplo:

– Un trabajo previsto para 2 meses que agotan el plazo. Si se produce una huelga que provoca la paralización de un mes, al ser una circunstancia fortuita e inesperada, no se convierte en traslado, sólo si ya estaba prevista la duración más larga.

El trabajador debe aceptar la calificación que el empresario haga con respecto a una determinada misión (el empresario dice que va a durar 2 meses cuando el trabajador sabe que va a durar un mínimo de 7). Debe atenerse el trabajador a la decisión del empresario, pues nada le asegura que el éste no le haga volver al cumplirse los dos meses y mande en su lugar a otro compañero. Es la empresa quien califica como desplazamiento o traslado. Sólo el trabajador podrá pedir la recalificación cuando el mero hecho del cumplimiento de la misión provoque el paso de desplazamiento a traslado.

Este precepto esconde un prejuicio, quizás ya caduco, por parte del legislador, debido en parte a la antigüedad de la norma, que sin embargo se ha venido manteniendo a pesar de las reformas, sin tener en cuenta los cambios sociales, económicos, culturales ni las propias modificaciones legales. Así los efectos del traslado o del desplazamiento en el entorno del trabajador se van a presumir sustancialmente distintos. Si para el trabajador el cambio de residencia se va a provocar igual, el Legislador entiende que el traslado a ser de mayor duración provoca el cambio de residencia de toda la familia, mientras que el desplazamiento no.

De ahí que los efectos sean:

- Traslado: Derecho a percibir el coste de la mudanza.
- Desplazamiento: Dietas, gastos de estancia, gastos viajes.

Todo ello resulta más que discutible si le añadimos la coletilla de los 3 años. Pues se puede dar el caso que una persona desplazada doce meses, que no va a hacer la mudanza, si se excede un mes la duración de la misión, prefiere que le paguen las dietas, pues su familia no se va a desplazar por un sólo mes. Es decir, prefiere la situación de desplazado, que le va a permitir cobrar los gastos de manutención y alojamiento, que le va a proporcionar tener días libres para volver a su lugar de origen, lo que no sería posible si fuera traslado, pues su lugar de origen sería donde se encuentra.

De esta forma, esta incorporación legal mediatiza los efectos del traslado y del desplazamiento, al diferenciar entre lo que le pasa al trabajador y lo que le pasa a su entorno.

La idea es que cuando recibe un trabajador una orden, hay que mirar hacia atrás, ver cuanto tiempo lleva desplazado y añadirle los meses de la nueva orden.

La movilidad geográfica debe estar justificada por las causas del art. 40, que recoge las mismas causas para el traslado (art. 40.1) que para el desplazamiento (art. 40.4).

El problema se plantea a la hora de conocer el significado de la expresión: "...contrataciones referidas a la actividad empresarial.". La mayoría de la doctrina que no dice nada que no podamos deducir de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Creen que es una reiteración de productivas.

Cabe realizar dos reflexiones:

1.- Esta expresión no se recoge en ningún otro supuesto de modificación sustancial, ni de despido (arts. 51 y 52), ni de suspensión (art. 47), como causas relacionadas con la explotación de la empresa. Si a eso añadimos que en el 94 se ordenó el elenco de causas, unificándolas para todos los preceptos. Y si además añadimos que la reiteración de la doctrina desde el año 80, y pese a todo el Legislador lo mantiene, es por que debe tener alguna utilidad. Esta podríamos encontrarla en la propia naturaleza de las empresas, entidades abocadas a la fabricación de un determinado producto o a la prestación de un servicio. Para ello en ocasiones se han de tomar decisiones que no son consustanciales al hecho de existir (decisiones que es posible no tomar).

La diferencia estribaría entonces en que aquellas decisiones que nacen del funcionamiento fisiológico de la empresa se encuadrarían dentro del concepto de "contrataciones referidas a la actividad empresarial", como por ejemplo, una empresa de informática vende una partida de ordenadores y se estipula en el contrato de compra-venta la obligación de desplazar a un técnico para revisarlos.

Mientras que las demás decisiones que se encuentran en el plano estratégico, que podrían no haberse tomado, las encuadramos en los tres tipos de causas, por ejemplo, la fusión de un banco, sería una causa técnica u organizativa.

Así el desarrollo normal de la empresa sólo servirá para modificar las condiciones del contrato si la condición que se modifica es locativa. Esta es la única interpretación distinta de la mayoría que entiende que no sirve para nada.

2.- El párrafo 2º, epígrafe 1º, del art. 40 , recoge cuando se entenderá que las causa existen.

El legislador a la hora de permitir que una de las partes modifique de forma unilateral la condiciones de trabajo de la otra podría haberlo hecho de diferentes formas:

A.- Acausalmente.

B.- Pedirle una cierta importancia a la causa, es decir, permitir que el empresario haga la modificación sólo si no hacerla supusiese un gran perjuicio para la empresa.

C.– Permitir que el empresario modifique la condición siempre que le sirva para mejorar la situación de la empresa.

El Legislador eligió la última opción, basta con mejorar. El marco causal es muy amplio y la medida se justifica cuando genera más beneficio para la empresa, aunque ya se obtengan muchos. Si lo comparamos con el art. 51ET, vemos que en éste sólo se puede despedir para salvar la empresa, por tanto, si la empresa va bien no se puede despedir, pero sí modificar las condiciones del trabajador. Esto provoca que esté prácticamente justificada cualquier decisión de movilidad, aunque no todas.

Ejemplo:

Un banco con una sucursal en el centro de la ciudad, con muchos trabajadores y un comité de empresa muy numeroso. Un trabajador forma parte de ese comité y es especialmente activo en sus tareas sindicales, no yendo mucho a trabajar pues tiene permiso.

El banco lo cambia a otra sucursal, mucho más pequeña, que depende de su organización de la más grande, en la misma ciudad. La empresa dice que lo hace por razones organizativas: conseguir más clientela en los barrios , lo que en principio justificaría la decisión. Como ese trabajador es miembro del comité de empresa, cuando éste se reúne, puesto que no hay nadie más en la nueva sucursal, tiene que cerrar la puerta. Lo que también ocurre cuando va a cursos de formación, cuando tiene que dar información a sus representados, etc.

El juez en este caso observa que lo que se consigue es lo contrario de lo que se pretende, pues los clientes obtienen un peor servicio y califica la medida como injustificada.

Hay, por tanto, supuestos en los que se puede cuestionar si está plenamente justificada la causa aducida por la empresa.

Otro detalle es que las medidas deben ayudar a la mejora, se trabaja sobre suposiciones, pues el hecho probado se verá después de adoptada la medida. Nos debemos mover en un criterio de racionalidad: se va a suponer razonablemente que se va a conseguir el efecto deseado a través de la medida, independientemente que luego se obtengan los resultados.

3.B.1.– Tipos de Traslado y efectos.

Los traslados pueden ser de dos tipos:

A.– Colectivos.

B.– No colectivos.

Decimos no colectivos por que pueden afectar a varias personas, siempre que su número sea inferior al que marca la Ley.

A.– Colectivos.

La Ley se sirve de dos referentes para definirlos:

– Centro de Trabajo.

– Empresa.

Si utilizamos el referente centro de trabajo, la Ley dice que será colectivo cuando implique la movilidad a

todos los trabajadores del centro, siempre que sean como mínimo 5 trabajadores.

Si tomamos como referente la empresa, el criterio que se toma es el de la totalidad de la plantilla y se hace una gradación (art. 40.2ET), distinguiendo entre empresas de hasta 100 trabajadores y empresas de más de 100, siendo colectivo cuando afecte a un número de trabajadores:

hasta 100.....10 trabajadores.

de 100 a 300.....10% de los trabajadores de la empresa.

más de 300.....30 trabajadores.

El añadido referente centro de trabajo convierte en colectivos más trasladados que los que serían con el referente empresa, con la única condición que sean todos los trabajadores del centro.

Si un traslado es colectivo, al empresario le cuesta más dinero y más tiempo llevarlo a cabo, puesto que está mucho más controlado, teniendo que convencer a todos de lo que quiera hacer, quienes pueden controlarlo antes de hacerlo. Por ello si un empresario pretende trasladar a los ocho trabajadores de un centro de trabajo, primero traslade a cuatro y después a los otros cuatro. Para evitar esto la Ley establece un plazo de modo que todos los trasladados que se produzcan en ese período se entienden como realizados el mismo día.

El plazo fijado es de 90 días, aunque esto tampoco permite que un empresario se espere al día 91, pues la Ley impone el cómputo conjunto si el fraccionamiento en períodos de 90 días se hace para eludir lo dispuesto en ella. Así si la razón que justifica los trasladados es la misma, el Legislador presupone la intención de defraudar, sospecha que sólo se diluye cuando la causa es completamente distinta (ejemplo: incendio de un CT, cuando ya se ha producido un traslado anterior).

Si se llega a la conclusión que existe fraude el efecto es que los segundos trasladados a pesar que por si mismos no son colectivos deberán ser tratados como tales, manteniéndose los primeros como no colectivos (no se anulan en ningún caso).

La diferencia entre colectivo y no colectivo estriba en el trámite, que consiste en la necesaria apertura de un período de consultas, no negociación, con los representantes legales de los trabajadores. Entendiendo, como representantes de los trabajadores, en principio, los que el empresario quiera: representación unitaria o sindical. Ahora bien hay situaciones en las que es más razonable optar por una u otra.

En mayo de 2000 se dictó una sentencia del TC, 107/2000, donde se matiza este tema declarando que las decisiones empresariales que puedan llevar a pensar que los sindicatos no sirven para nada, vulneran el derecho a la libertad sindical. Esto ocurre cuando la empresa opte sistemáticamente por la representación unitaria frente a la sindical. Por tanto, matiza la libertad del empresario.

Las consultas irán en el sentido de dilucidar si la causa existe o no, si tiene suficiente entidad, si se pueden tomar otras medidas alternativas, la posibilidad de compensar a los afectados, cómo definir quienes van a ser los afectados, etc. El margen de la negociación es amplísimo y se debe regir por el principio de la buena fe, que significaría preavisar e informar a los citados a la negociación, pagar los viajes y dietas a los negociadores si es necesario, prever que puede haber conflicto y las formas de resolverlo, etc. Rige igual que en la negociación colectiva estatutaria.

La Ley nos da una cantidad de tiempo mínima para la duración de las consultas: 15 días. Esto no tiene mayor importancia pues si se llega al acuerdo el primer día nada impide a las partes que cierran las consultas. Tampoco si no ven ninguna posibilidad de acuerdo. Este plazo sirve para que ninguna de las partes de forma unilateral termine o prolongue la negociación, obliga al acuerdo.

Las consultas pueden finalizar con acuerdo o sin acuerdo. Si lo hacen sin acuerdo entramos en el punto donde empieza el no colectivo. El empresario puede hacer lo que quiera, pues no necesita el acuerdo para poner la medida en marcha, por lo que se supone que si se llega al acuerdo lo cumplirá.

Una vez tomada la decisión por el empresario, y habiendo motivo justificado, se genera el derecho del trabajador a extinguir su contrato, percibiendo una indemnización, que se encuentra tasada en el art. 40ET: 20 días / año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, prorrataéndose los períodos inferiores al año por meses. Para acceder a esta indemnización no es preciso iniciar ningún procedimiento jurídico. Va no la decisión del trabajador, en el momento él decide la extinción el empresario adeuda la cantidad correspondiente. Estando la persona que rescinde en situación legal de desempleo.

Pero además el trabajador tiene otras opciones:

- A.– Cumplir la medida.
- B.– Cumplir impugnando.

De la letra del art. 40ET, podría entenderse que el trabajador debe optar necesariamente entre extinguir o impugnar. Esto no es del todo cierto, pues los tribunales vienen entendiendo que el derecho a la extinción del trabajador no sólo se tiene antes de incorporarse al nuevo puesto, sino también cuando el juez resuelva la impugnación.

Así pues el que impugna tiene la obligación de cumplir la orden del de traslado del empresario, y sólo a la vista de la sentencia del juez podrá optar por extinguir su contrato. Debido al retraso con que se mueve la justicia y los plazos de prescripción de las acciones contra las decisiones empresariales en esta materia (20 días, art. 59.4ET), por un lado y por el otro, el plazo de necesario preaviso por parte del empresario al trabajador (30 días, art. 40ET), nos encontramos con que nada para la ejecutividad de una orden de traslado, salvo, por supuesto, la extinción del contrato. No se puede alegar la interposición de la impugnación para retrasar el traslado.

Los derechos que asisten al que opta por cumplir impugnando, aunque al final rescinda, con independencia que impugne o no, son derechos básicamente de compensación de gastos que genera el cumplimiento de la orden.

En este punto no encontramos con un perjuicio antiguo que supone que cuando alguien recibe un orden de traslado, lo hace con toda su familia, por ello, se le deben pagar los gastos de viaje de toda su familia y la mudanza, y no gastos de alojamiento o manutención.

Esta idea sólo puede ser reconstruida a través del CC, aunque en la práctica no se hace, por lo que se mantiene el prejuicio. Los CC sólo entran a aumentar las cuantías de las compensaciones: pago de alquiler, pago de parte de una vivienda nueva, etc.

El problema es que el traslado puede ser por un mes (por la acumulación), encontrándonos ante el problema que el empresario debería pagar una serie de gastos que no se van a producir y, por tanto, el trabajador no percibe nada.

La única forma de salvar esta situación es mediante el acuerdo entre las partes, pero la norma, cuando prevé esto, recoge otro prejuicio, pues dice que podrán pactar las partes pero respetando siempre las cantidades mínimas que se fijen en el CC.

La única posibilidad de modalizar el esquema es que , las partes, respetando las cantidades del CC modalicen los pagos: que sean mensuales, que se pague la mudanza aunque no se haga, etc. Ese derecho de

compensación lo tienen todos los trabajadores trasladados hayan impugnado o no.

3.B.1.1.– Efectos de la impugnación del traslado.

La declaración de traslado puede ser de tres tipos.

A.– Justificado.

B.– Injustificado.

C.– Nulo.

A.– Será justificado cuando haya causa y razones que lo justifiquen.

B.– Será injustificado cuando la orden no tenga causa, o que teniéndola afecta a un individuo al que no debería afectar, por ejemplo, se traslada a un trabajador aduciendo que es el de menor antigüedad cuando no es cierto.

C.– Será nulo, según el art.40, únicamente cuando el empresario evite la apertura del período de consultas, por tanto, sólo para el caso de traslados colectivos. La Ley no dice nada, curiosamente, para el caso que se detecten conductas discriminatorias, pero a pesar de ello, debemos entender que también serán considerados nulos, por los diferentes efectos que se producen:

1.– Si el traslado es justificado, la orden se cumple con todos sus efectos.

2.– Si es injustificado, según el art. 50. 1.c, el empresario puede negarse a reintegrarlo a su puesto de trabajo, quedándole al trabajador únicamente la posibilidad de rescindir, eso sí, con una indemnización mayor: 45días por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades.

Así no podremos aplicar a los supuestos discriminatorios los efectos de la injustificación, pues tendríamos que el empresario, a cambio de dinero, podría rescindir el contrato de los trabajadores por causas de discriminación con una compensación económica, se aplicará por tanto los efectos de la nulidad, que supone la retroacción a la situación inmediatamente anterior a la modificación que se ha llevado a cabo.

3.– Si es nulo, la situación se retrotrae necesariamente al momento anterior a la orden de traslado.

De este modo los derechos de los trabajadores trasladados son muy pequeños y dependen mucho de los negociadores colectivos debido a la gran amplitud de la Ley en esta materia.

3.B.2.– Tipos de Desplazamiento y efectos.

Los desplazamientos se diferencia de los traslados en su duración, máxima de 12 meses dentro de un período de tres años. Son, por tanto, siempre temporales. Se regulan en el 40.4ET. Siendo iguales a los traslados en cuanto a causas y demás, pero con una diferencia importante: no existen desplazamiento colectivos.

El punto de partida del desplazamiento es la comunicación, si bien existen dudas sobre si debe necesariamente ser por escrito o no. Como el desplazamiento también puede ser impugnado, para lo cual es necesario que exista una prueba fehaciente de que se han cumplido los requisitos formales, deberá serlo pues así limita los términos de una eventual litis, al dar la razón que justifica el desplazamiento.

Debemos suponer, por tanto, que será por escrito. Este escrito deberá contener las causas, el lugar de destino, el tiempo que va a durar, la fecha en la que se va a iniciar, (lo cual es importante para saber cuando se inicia la

cuenta de los doce meses).

También debería la empresa calificar la orden, es decir, definir si es un desplazamiento o un traslado, pues el trabajador podría impugnar la orden, aduciendo que es un traslado, pues el trabajo que la empresa quiere que se realice no se puede realizar en el tiempo que ésta. Si la empresa, por el contrario, define la orden como un desplazamiento, nada le asegura al trabajador que, a la finalización del período, no le vayan a retornar a su lugar de origen, enviando a un compañero en su lugar. Además, sólo desde que el trabajador tiene conciencia de la medida que está sufriendo puede ejercer los derechos que le asisten.

El desplazamiento tiene ejecutividad inmediata pero, a diferencia del traslado, no se puede optar por la rescisión, debido a la temporalidad. Así si el trabajador recibe la orden y quiere rescindir no tendrá causa, por tanto, no percibirá indemnización ni estará en situación legal de desempleo. Sólo tiene dos opciones:

A.– Cumplir la orden.

B.– Cumplir impugnando.

Esto genera a la empresa una obligación adicional, ya que debe poner a disposición del trabajador, los medios necesarios para el cumplimiento de la orden. El trabajador no debe asumir gastos que no le son propios en virtud de las características de su relación laboral, ajeneidad a los riesgos y dependencia, pues el trabajador debe necesariamente cumplir. No puede, por tanto, el empresario pedirle al trabajador que adelante el importe y luego restituírselo. No hablamos de cantidades precisas, pero sí de una previsión razonable.

También debe proporcionar la empresa todos aquellos trámites burocráticos que sean necesarios: visados, revisiones médicas, declaraciones de patrimonio, etc. Si no se cumplen estos preparativos, precisamente por el principio de ejecutividad inmediata, curiosamente la jurisprudencia permite al trabajador negarse a cumplir la orden.

La única pega que ponen los jueces es que el trabajador debe declarar a la empresa que está dispuesto a irse y que cumple la orden por que no han puesto a su disposición los medios necesarios.

Todo esto enlaza con el tiempo con el que se ha de preavisar al trabajador, el art. 40.4 ET, dice que debe ser suficiente, dependiendo del que el trabajador necesite para realizar los preparativos. Dependiendo esta suficiencia de la distancia y del tiempo. Cuando sea superior a tres meses no podrá ser inferior a cinco días. En los inferiores a tres meses no regiremos siempre por el principio de suficiencia, que no se puede relacionar con cuestiones personales (exámenes, etc.), se valorará el tiempo suficiente en términos objetivos.

3.B.2.1.– Derechos de los desplazados.

Funciona otra vez el prejuicio de modo que al ser temporal se mueve el trabajador y nadie más. Por ello, sólo se generan gastos de locomoción, manutención y alojamiento, pues el domicilio no ha variado.

Los CC suelen intervenir en este punto indicando unas cantidades, distinguiéndolas por categorías, de modo que los grupos de categorías altas sean más grandes que los de categorías bajas. De este modo, ante el mismo supuesto, establecen cantidades a tanto alzado en función de la categoría del trabajador.

El problema estriba en cómo se comporta ese pago cuando la situación ha llevado a aumentar el gasto más allá de la cuantía que recoge el CC, o por el contrario si el gasto no se ha producido.

Los CC articulan el derecho al pago automáticamente, basta con demostrar que se ha estado en un determinado lugar realizando el trabajo, independientemente de si se ha producido gasto o no. Es decir, se presupone que si ha habido desplazamiento ha habido gasto.

En el caso del exceso, deberá ser justificado, debiendo el empresario asumir el riesgo, pues si no quebraría el principio de ajeneidad. Por tanto el principio de objetividad funciona cuando el gasto no alcanza la cuantía acordada, pero no funciona con los excesos, pudiéndolos exigir de forma razonable.

Desde el punto de vista de la cotización, éstas sólo son por el trabajo realizado. Estas cantidades son percepciones extrasalariales que no paga el trabajo que realiza, sino que adelanta unos gastos que el trabajador va a tener por prestar sus servicios. Por tanto, no computarán en la base a gravar del IRPF y tampoco en la base de cotización de la SS. Ahora bien, en 1997 apareció un R.D. que modificaba este régimen de cotización, modificando el art. 23 de la Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, y a partir de entonces, las percepciones extrasalariales, aunque lo sean, si se exceden de una determinado nivel, se cotizan como salario aunque no lo sean, todo ello con el fin de evitar el fraude. El artículo 23 se remite a la Ley General Tributaria y a su Reglamento para determinar las cuantías de estos conceptos extrasalariales que computan a la hora de determinar la fracción a incluir en la base de cotización.

Es importante destacar en este punto y a efectos prácticos de cálculo de las indemnizaciones, que la base de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes que no incluya porcentajes, o excesos de estos conceptos (exceso del 20 % o cuantías que superen una determinada) nos determinará la base de cálculo para las indemnizaciones.

El nivel se define según los conceptos: las dietas se hace mediante remisión a la legislación tributaria, cotizará todo aquello que aún siendo percepciones extrasalariales, superen el nivel para el que están exentas del IRPF.

Otro derecho de los desplazados, art. 40.4, es un derecho de descanso: 4 días laborables que el empresario debe pagar como si los trabajase, además de los viajes de ida y vuelta. Pueden, mediante acuerdo, ser cambiados por dinero, o acumulados. No siendo, por tanto, asimilable ni con las vacaciones ni con el descanso semanal.

Es muy importante saber que el hecho de retornar al lugar de origen no supone la obligación del trabajador de presentar sus servicios aquí, viene a descansar y a recomponer la convivencia familiar que ha perdido.

El trabajador puede tomarse estos días de descanso a pesar que el empresario no quiera, pues el derecho nace de la Ley y no requiere permiso. Debe el trabajador comunicar en base al principio de buena fe, no depende, por tanto de la voluntad del empresario.

Los tres meses deben ser consecutivos para tener derecho al descanso de cuatro días.

3.B.2.2.– Impugnación y efectos.

El desplazamiento se puede impugnar en los mismos términos que el traslado y declararse como él, pero con una salvedad, al no haber desplazamientos colectivos, solo serán nulos los discriminatorios.

3. C.– Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo. Art. 41 ET.

En este epígrafe se engloban la modificación de otras condiciones de trabajo que no sean funcionales o locativas: horario, jornada, vacaciones, complementos salariales, además de las funcionales que excedan los límites del art. 39 Et.

El problema, al ser diferentes los tipos de condiciones, es encontrar el punto donde se diferencia lo sustancial de lo no sustancial. Por ello, en el art. 41ET, no encontramos ese criterio diferenciándolos, ni puede haberlo, al ser el comportamiento de las condiciones muy diferente.

Por ello se deberá definir el criterio estudiando la jurisprudencia de los TSJCCAA, independientemente de las

valoraciones que nosotros podamos hacer.

En términos generales deberemos tener en cuenta varios factores:

1.- La cantidad de cambio respecto a lo anterior:

Ej.: Supresión total de un complemento, sustancial.

Suspensión de un complemento 1 mes por necesidades de la empresa, no sustancial.

2.- La prolongación de la situación distinta a la anterior, que también matiza la cantidad de cambio.

Con estos valores son con los que se mueve la judicatura para definir el punto de inflexión teniendo en cuenta dos detalles:

A.- La sustancialidad nada tiene que ver con el perjuicio. Es decir, una modificación que perjudique no tiene por qué ser sustancial, y viceversa. Será sustancial o no independientemente de como afecte la medida a cada uno de los trabajadores. Por ejemplo, un cambio de jornada continua a jornada partida puede ser muy perjudicial para unos (hijos pequeños) y muy beneficiosa para otros.

B.- Las condiciones de trabajo pueden derivar de la Ley, del CC, de un Acuerdo de Empresa, del contrato, de modo que una persona puede estar afectada por diferentes normas que marquen sus condiciones de trabajo.

El régimen del 41 se aplica sin tener en cuenta el origen de la condición que se quiere modificar, con la excepción que diga la Ley, pues el empresario al imponer un cambio no puede incumplir la Ley. Es decir, aquello que venga impuesto por Ley no podrá ser modificado unilateralmente, el resto sí.

Con todo ello estaremos hablando de cambios de cierta entidad, que se prolongan en el tiempo que no irán relacionados con el perjuicio y con independencia de donde provengan.

Partiendo de ese punto de la lectura del 41 se desprende que las causas son las mismas que para el traslado salvo la que se refiere a las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

A continuación nos encontramos con una mala redacción por parte del Legislador que puede dar lugar a dos interpretaciones erróneas:

1.- Sólo son modificaciones sustanciales las que afecten a algunas de las condiciones de esa lista. No es cierto, puede ser cualquiera, por eso dice "entre otras". No es una lista cerrada.

2.- Si afecta a una de esas seis causas siempre es sustancial. Falso. Las modificaciones que afectan a esas condiciones pueden ser sustanciales o no sustanciales. Por ejemplo: si la empresa decide ir sólo por la mañana durante dos semanas, es no sustancial.

Con relación al campo de aplicación, se distingue, al igual que en los trasladados, entre modificaciones colectivas e individuales (no colectivas). Aquí se produce un error con habitualidad al pensar que se aplica el criterio cuantitativo, cuando lo cierto es que no importa el número de afectados. La medida será colectiva atendiendo al origen de la condición modificada (art. 41.2).

Son colectivas las modificaciones que afectan a condiciones que nacen de una fuente colectiva y son individuales las modificaciones que afectan a condiciones que provengan de fuente individual. No importa el número que afecten, si la condición proviene del contrato, de la condición más beneficiosa expresa o tácita, será individual. Por el contrario, proviene de una fuente colectiva: acuerdo de empresa, Convenio Colectivo

estatutario, decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos, será colectiva aunque sólo afecte a un trabajador.

Un caso excepcional señalado en el párrafo 4 del 40.2ET, nos dice que si la modificación es funcional (excede del 39) o de horario utilizaremos el criterio cuantitativo (el mismo que para el traslado referente empresa).

Sobre este aspecto existen dos interpretaciones:

1.– El criterio cuantitativo sustituye al cualitativo, de modo que en estas materias, deriven de donde deriven, serán colectivos cuando afecten a ese número de trabajadores.

2.– No se produce sustitución, sino que es necesario que se den las dos condiciones, de modo que, para que sea colectiva, deberá provenir de una fuente colectiva y además afectar a ese número de personas. (todo ello debido al "No obstante").

Si juntamos lo dicho podemos derivar que por decisión unilateral del empresario se puede modificar lo pactado en un Convenio Colectivo estatutario, lo que va en contra del art. 37.1 CE. Es decir, la Ley se estaría cargando la negociación colectiva, pues el empresario podría bajarse, para mejorar su posición competitiva, cargándose la eficacia jurídica normativa y la eficacia personal "erga omnes".

Por ello, el art. 41, exceptúa del ámbito de aplicación las situaciones modificativas que afecten a un CC estatutario ("Título III de la presente Ley"). Cuando haya que modificar lo dicho en un Convenio Colectivo estatutario, de los temas que marca allí, habrá que hacerlo por acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores.

Por otro lado, el empresario deberá abrir un proceso de consultas. La Ley dice consultas, por lo que, finalizadas estas sin acuerdo el empresario podrá hacer lo que le parezca, con la única excepción, de aquello que afecte a un CC. estatutario.

Cuando la modificación es de carácter colectivo, el período de consultas debe durar al menos quince días, en los que se debe discutir sobre los términos de la modificación: a quién afecta, posibles indemnizaciones, medidas alternativas, etc.

Las consultas pueden finalizar con acuerdo o sin acuerdo. El acuerdo ha de producirse en caso de ser con la representación unitaria por mayoría y si es la sindical por mayoría de representantes. Si no hay acuerdo, la empresa es libre para decidir. Decisión que debe poner en conocimiento de los trabajadores, junto con todos aquellos datos que puedan tener relevancia.

El trabajador ante esta notificación puede:

1.– Cumplir.

2.– Cumplir impugnando.

3.– Extinguir.

En caso de extinguir, a diferencia de los traslados, se puede hacer por dos vías:

A.– **art. 50.1.a.**, se produce perjuicio en la formación o menoscabo en la dignidad. **Perjuicio cualificado**.

B.– **art. 41.3.2.**, se produce un perjuicio. Perjuicio no cualificado.

Cuando el trabajador recibe la notificación de la modificación de las condiciones de trabajo que afectan a Jornada de trabajo, Horario o Régimen de trabajo a turnos, puede rescindir su contrato de trabajo. También puede extinguir su relación laboral de acuerdo con lo previsto en los artículos 50.1 apartado a o art. 41.3 del E.T. La primera posibilidad se relaciona con el precepto del artículo 50, éste se basa en un incumplimiento del empresario, aunque en la letra a) se reconoce una extinción por modificación sustancial en las condiciones de trabajo, no requiere incumplimiento por parte del empresario, **exige una causa objetiva**, el trabajador debe sufrir un perjuicio en su formación o un menoscabo de su dignidad, si fueran de otro tipo no lo podría utilizar, independientemente de que se haya producido una modificación. Sobre el concepto de dignidad o formación nos remitiremos a lo ya dicho sobre ambos conceptos en el estudio dedicado al art. 39 del E.T..

Con respecto al concepto de perjuicio valorable aquí, el derecho a la extinción indemnizada no es automático, no depende de lo que diga el trabajador, será necesario que un tercero imparcial lo manifieste, un juez, quien deberá declarar que ese perjuicio tiene la **cualidad necesaria** para ser indemnizado.

Aquí no nos vale la conciliación entre las partes, pues si el empresario resulta insolvente el FOGASA no se hará cargo del pago. Sólo lo hará en caso de reconocimiento judicial.

Como es el juez el que define el derecho a resolver la relación, para que ésta se resuelva debe estar en vigor, por lo que, el trabajador no podrá extinguir a la espera de lo que diga el juez. Si el trabajador abandona el puesto de trabajo la relación ya se ha extinguido y el juez no tiene nada que extinguir.

No depende sólo de la voluntad del trabajador, pues la efectividad depende del juez, quien apreciará, a través de una sentencia que la modificación sustancial afecta a la dignidad o a la formación profesional del trabajador.

Esta vía extintiva esta pues muy limitada a aquellos que tengan un perjuicio de acuerdo con estas dos variantes. Si no se dan este tipo de perjuicio esta vía no existe.

Por lo que respecta a la otra vía, art. 41.3.2 ET, no requiere un perjuicio cualificado, pero sí que sufra perjuicio con ocasión de la modificación sustancial, lo sustancial no se identifica con lo perjudicial. El hecho que no se requiera perjuicio cualificado no significa que puede ser cualquiera, debe ser un perjuicio jurídicamente relevante.

Ejemplo: Modificación: cambio Jornada partida a jornada continua.

1.– Trabajador A: le viene bien, se organiza con el cónyuge y no contrata niñera.

2.– Trabajador B: le viene mal, no puede ver a sus hijos.

3.– Trabajador C: le viene mal, no puede ir a una tertulia taurina.

La modificación es sustancial para los tres, pese a ello, el trabajador A tendrá vetada la posibilidad de extinción, el trabajador B no podrá acceder al 50.1.a, pero puede acudir al 41.3 si se da la otra condición. Con respecto al trabajador C, el perjuicio no es relevante para el Derecho. Por tanto en caso de notorio perjuicio el trabajador extingue con derecho a la indemnización, pero en caso de no avenirse las partes deberá ser el juez el que entre a valor si existe perjuicio o no, el perjuicio goza así de presunción iuris tantum de veracidad: el empresario puede no avenirse y tener el trabajador que acudir a juicio, en el que tendrá que demostrar que la modificación de su condición de trabajo es de tal magnitud que le produce perjuicio.

La doctrina judicial viene entendiendo que concurre perjuicio en los siguientes casos:

- Dificultades en la convivencia familiar.

- Mayor Onerosidad, perjuicios económicos.

Por el contrario no considera perjuicio en el caso de que este sea leve.

El perjuicio debe valorarse con objetividad y no mediante análisis subjetivos de las consecuencias que se derivan de la modificación. Deben ser situaciones que al verse modificadas por el cambio, produzcan en el sujeto un estado más oneroso, que exista gravosidad. No vale calificar como perjuicio aquellas modificaciones que simplemente alteren aspectos de poca entidad en la vida diaria y que redunden el perjuicio de carácter leve (p.e.: cambio de horario adelantándolo en media hora, el trabajador tiene que levantarse antes).

También es necesario que la condición que se modifique esté relacionada con el tiempo de trabajo, es decir, con las letras a, b y c del 40.1ET. Esto significaría que una variación sustancial de la remuneración sólo tiene la vía del 51 con requerimiento de perjuicio cualificado.

La vía del 41.3 esta limitada por el tipo de condición, relacionada con el tiempo de trabajo: jornada, horario, régimen de trabajo a turnos. La mayoría de los casos de modificación sustancial queda, por tanto, sin posibilidad de extinción justificada, que es la que da derecho percibir indemnización.

La vía del 41.3 es automática: es una extinción por voluntad del trabajador que se ve afectado por un perjuicio y su cuantía es de 20 días por año de servicio, prorrateándose los períodos inferiores por meses y con un máximo de 9 mensualidades.

Así que mientras hablamos de traslado todos tienen derecho a extinguir percibiendo indemnización, en el caso de las restantes modificaciones es posible que no todos tengan derecho a esa indemnización (si no existe perjuicio o este no es cualificado).

Módulo: DERECHO DEL TRABAJO II. Cuatrimestre I, 2000–01

12

Página 1 de 37

Nuevas condiciones de trabajo propuestas

NOVACIÓN CONTRACTUAL

Convenio Colectivo en cuanto a materias de procedimiento y artículo 41 en materia de causas